

Oficio N° 182

INFORME PROYECTO LEY 23-2007

Antecedente: Boletín N° 3778-18

Santiago, 12 de junio de 2007

Por Oficio N° 291/SEC/07, de 2 de mayo de 2007, el Presidente del H. Senado, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 de la ley N° 18.918 y lo preceptuado en el artículo 77 de la Constitución Política de la República, ha recabado la opinión de esta Corte respecto del proyecto de ley recaído en el Boletín N° 3778-18, que tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas, y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal.

Impuesto el Tribunal Pleno sobre el proyecto señalado, en sesión del día 8 de junio del presente, presidida por el subrogante don Ricardo Calvez Blanco y con la asistencia de los Ministros señores Urbano Marín Vallejo, Milton Juica Arancibia, Nibaldo Segura Peña, Adalis Oyarzún Miranda, Jaime Rodríguez Espoz, Rubén Ballesteros Cárcamo, Sergio Muñoz Gajardo, señora Margarita Herreros Martínez y señores Hugo Dolmestch Urra, Juan Araya Elizalde y Héctor Carreño Seaman, acordó informar favorablemente el proyecto, formulando las siguientes observaciones:

**AL SEÑOR
PRESIDENTE
H. SENADO
EDUARDO FREI RUIZ-TAGLE
VALPARAÍSO**

I. Antecedentes

Esta Corte ya informó el proyecto mediante el oficio N° 177, de 23 de octubre de 2006.

En dicho informe, sin perjuicio de ocuparse de otras disposiciones de la iniciativa que no tenían el carácter de orgánicos, se pronunció sobre los entonces artículos 15 y 16, que contenían facultades concedidas al juez de garantía que, en términos generales, ya se encontraban reguladas en el Código Procesal Penal.

Posteriormente, el proyecto original fue objeto de una indicación sustitutiva presentada por el Poder Ejecutivo en enero pasado para, por una parte, dar cumplimiento formal a las obligaciones contraídas en el ámbito internacional y, por la otra, armonizar el proyecto original, con las distintas observaciones vertidas en el debate por los integrantes de la Comisión, por los representantes invitados de diversas instituciones y la opinión de esta Corte.

La indicación del Ejecutivo señala en sus fundamentos su plena coincidencia con el texto primitivo, en el sentido que la actual figura que tipifica el delito del tráfico de personas -pero limitado a los fines de explotación sexual-, no basta para hacer frente al fenómeno delictual, siendo necesario incorporar tipos especiales y otorgar nuevas facultades a los organismos de persecución penal que permitan contar con una herramienta eficaz para enfrentar los delitos de tráfico ilícito y la trata de personas, que día a día se hacen más presentes en la comunidad internacional.

A la iniciativa sometida actualmente a consideración de esta Corte, se le ha dado un nuevo nombre: "proyecto que tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas, y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal", lo que refleja, de algún modo, las enmiendas de forma y fondo de que fuera objeto.

El aludido proyecto sustitutivo contiene seis artículos por los cuales se introducen modificaciones al Código Penal y Procesal Penal; a los decretos leyes N°s. 1.094, que establece normas para extranjeros en Chile; 2.460, Ley Orgánica Constitucional de Investigaciones de Chile; 321, sobre la libertad condicional; y a la Ley N° 18.050, que fija normas generales para conceder indultos particulares.

Por lo que atañe a las reglas que dicen relación con la esfera del artículo 77 de la Constitución Política de la República, la moción examinada introduce en el Código Procesal Penal los nuevos artículos 78 bis, 157 bis y 226 bis, a fin de darle mayor organicidad a las pautas que gobiernan los ilícitos de tráfico y trata de personas.

II. Observaciones

i) Artículo 78 bis:

"Artículo 78 bis. Protección de la integridad física y psicológica de las personas objeto del tráfico ilícito de migrantes y víctimas de trata de personas. El Ministerio Público, sin perjuicio de lo dispuesto en este código, decretará todas las medidas necesarias tendientes a asegurar la plena vigencia de todos los derechos de las personas víctimas de estos delitos. Cuando se trate de niños o niñas, velará especialmente porque reciban de los servicios públicos a cargo de la protección de la infancia y adolescencia un trato acorde a su condición de víctimas y dispondrán que se efectúen las acciones tendientes a la revinculación familiar, si fuere procedente de acuerdo al interés superior del niño, niña o adolescente.

En los casos en que las víctimas de los delitos establecidos en los artículos 411 bis y 411 quáter del Código Penal, carezcan de representante legal o cuando, por motivos fundados, el juez estime que los intereses de las personas menores de edad son independientes o contradictorios con los de aquel a quien corresponda representarlo, el juez le designará un curador ad litem de cualquier institución que se dedique a la defensa, promoción o protección de los derechos de la infancia".

Desde luego el niño, niña o adolescente víctima de un delito, tiene la calidad de sujeto procesal en el nuevo proceso penal y, por ende, se le debe asegurar el ejercicio de todos y cada uno de los derechos que dicho ordenamiento concede al afectado. Así, el Ministerio Público debe otorgarle una protección especial a sus derechos y el tribunal, por su parte, debe garantizar especialmente la vigencia de sus derechos en el desarrollo del enjuiciamiento criminal.

En virtud de lo anterior, los niños o niñas pueden intervenir y ejercer sus derechos por medio de sus padres o cuidadores, sin perjuicio de ser igualmente escuchados cuando puedan formarse un juicio propio. Por su parte, los adolescentes, pueden intervenir y ejercer sus derechos por sí mismos, directamente, sin perjuicio de la orientación que deben darles sus padres o cuidadores.

Ahora bien, en los casos en que los ilícitos tipificados en los artículos 411 bis y 411 quáter del Código Penal, sean cometidos por los padres o cuidadores del niño, niña o adolescente y en la medida que éste carezca de representación u orientación por parte de un adulto y sin perjuicio del deber que se asigna al Ministerio Público de protección de la víctima y la intervención de su "Unidad de Atención a Víctimas y Testigos" (artículos 14, letra a), del Código Orgánico de Tribunales y 6°, inciso primero, del de Instrucción Penal), la normativa que se busca

introducir concede al Juez de Garantía, la facultad de designar un curador ad litem para que, según sea el caso, actúe por los niños o niñas, con la obligación de escucharlos previamente cuando estén en condiciones de formarse un juicio propio, u oriente a los adolescentes en el ejercicio de sus derechos, todo lo anterior si fuere considerado necesario para garantizar la vigencia de sus derechos y en concordancia con lo dispuesto en el artículo 5° de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Dicha atribución es razonable, tanto por el rol de garante de los derechos de la víctima que cumplen los Juzgados de Garantía, como por satisfacer las obligaciones de protección a los derechos y al debido proceso, reconocidos especialmente a favor de los infantes, según lo estatuido en la Constitución Política de la República y en los artículos 8° y 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Lo anterior, es concordante con la estructura fundamental de la titularidad de la acción penal en el nuevo enjuiciamiento criminal y no constituye, de manera alguna, consagrar la posibilidad de participación de un nuevo querellante, lo que, como se expresó en la discusión parlamentaria de la modificación del artículo 111 del Código Procesal Penal por la Ley N° 20.074, dificultaría las tareas de investigación.

Por otro lado, el nombramiento de un curador ad litem para el juzgamiento penal, ya existe en el artículo 459 del Código Adjetivo Penal, tratándose de imputados que sufren de enajenación mental, teniendo que sujetarse su nombramiento a las reglas generales del Código Civil, al igual que en el caso que se inserta, toda vez que no se establecen normas especiales al respecto.

En este orden de ideas, es dable recordar que aunque el curador ad litem nombrado está exento del deber de reducir a escritura pública un inventario de los bienes y la resolución que autoriza la designación del curador, como requisito para discernir la guarda (artículos 854, inciso segundo, del Código de Procedimiento Civil y 495 del Código Civil); nuestro legislador procesal civil exige que se cumpla el trámite de audiencia del defensor "respectivo" para su designación (artículo 852 del Código de Procedimiento Civil), requisito que resulta inaplicable en materia procesal penal, en cuanto signifique exigir la participación del defensor público -auxiliar de la administración de la justicia- y no del persecutor, como resulta de la regulación orgánica de las funciones de aquél (artículo 366, N° 1°, del Código Orgánico de Tribunales), ya que el legislador procesal penal ha previsto cuales son los organismos del Estado que se encuentran a cargo de velar por los derechos de los intervinientes, y en especial de las víctimas, al interior del Código Procesal Penal, que no son otros que el Juez de Garantía y el Fiscal (artículos 6°, inciso primero, del Código Procesal Penal y 14, letra a), del Código Orgánico de Tribunales) cuya regulación, por aplicación del principio de especialidad, debe regir con preferencia a las normas generales sobre la labor de los defensores públicos.

Atendido lo expuesto, parece conveniente introducir a la disposición en comento que "la persona designada será el curador ad litem del niño, niña o adolescentes, por el solo ministerio de la ley, y su representación se extenderá a todas las actuaciones del juicio", como en términos similares se consigna en el inciso tercero del artículo 19 de la Ley N° 19.968, que crea los Tribunales de Familia.

ii) Artículo 157 bis:

"Artículo 157 bis. Medidas cautelares reales especiales. *En los delitos contemplados en los artículos 411 bis y 411 quater del Código Penal, el Ministerio Público podrá solicitar al juez de garantía que decreta, sin comunicación previa al afectado y aun antes de la formalización de la investigación, las medidas cautelares reales que sean necesarias para evitar el uso, aprovechamiento, beneficio o destino de cualquier clase de bienes, valores o dineros provenientes de los delitos materia de la investigación."*

Este nuevo precepto establece las medidas cautelares especiales aplicables sólo en presencia de los injustos contemplados en los artículos 411 bis y 411 quater que se incorporan al Código Penal y configura una excepción al artículo 230 del Código Procesal Penal que exige al fiscal para solicitar medidas cautelares -sin distinguir entre reales y personales-, que previamente haya formalizado la investigación, presupuesto básico de cualquier afectación de derecho en el proceso penal, salvo las excepciones legales, como el artículo 236 del mencionado ordenamiento, por ejemplo, y que están concebidas en interés del Ministerio Público y de los fines específicamente adscritos a la persecución penal estatal.

La formulación del canon en examen no restringe de manera alguna las prerrogativas del juez de garantía en la concesión de estas medidas cautelares reales especiales, siendo resorte exclusivo del órgano que detenta la persecución criminal, satisfacer el juicio valorativo del juzgador en torno a la verosimilitud de los hechos que se presentan como descritos y sancionados en los nuevos artículos 411 bis y 411 quáter del Código Penal, más aún si el objeto de estas no dicen relación directamente con fines procesales no estrictamente penales (vgr. El resultado de la demanda civil) como se desprende de su texto.

A pesar de tratarse de una materia que no es estrictamente orgánica por lo que no corresponde a esta Corte pronunciarse sobre ella, dada la trascendencia de la misma y los efectos que pudiese provocar, se estima que debiera introducirse un plazo determinado para notificar al afectado de la admisión de estas medidas, a fin de cautelar los derechos de éste y el ejercicio del arbitrio procesal que concede el artículo 258 del Estatuto de Enjuiciamiento Criminal, principalmente tomando en cuenta su adopción sin comunicación previa y aún antes que se formalice

la investigación.

En efecto, de por sí las medidas cautelares reales son fuente de grandes molestias y perjuicios en el patrimonio del sujeto que las padece. Si a esto agregamos el efecto sorpresa que acompaña a las medidas cautelares reales especiales, los daños pueden ser muy considerables. Y si a lo anterior le añadimos que el derecho de defensa del imputado quedará en estado latente por un período más o menos prolongado de tiempo, la situación se torna sencillamente insoportable, y la aludida prerrogativa de defensa y el principio de igualdad de armas se ven seriamente afectados.

Cabe hacer presente, por último, que en su actual redacción el proyecto ya no contempla la medida cautelar de "impedir la salida del país de quienes, a lo menos, se sospeche fundadamente que estén vinculados a alguno de los delitos previstos en esta ley, por un período máximo de sesenta días", establecida en la letra a) del antiguo artículo 15. Con esto se salva el reparo formulado por esta Corte en su informe anterior, que consideró que esta restricción: "acota arbitrariamente las atribuciones del juez de garantía."

iii) Artículo 226 bis:

"Artículo 226 bis. Agentes encubiertos.

El fiscal que dirija la investigación, podrá solicitar al juez de garantía, autorización para que funcionarios policiales puedan ocultar su identidad oficial e involucrarse o introducirse en las organizaciones o asociaciones destinadas a la comisión de los delitos contemplados en los artículos 411 bis y 411 quáter del Código Penal, con el objetivo de identificar a los participantes, reunir información y recoger antecedentes necesarios para la investigación.

El agente encubierto podrá tener una historia ficticia. La Dirección Nacional del Servicio de Registro Civil e Identificación deberá otorgar los medios necesarios para la oportuna y debida materialización de ésta.

El agente encubierto estará exento de responsabilidad criminal por los delitos en que incurra y no haya podido impedir, siempre que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación y guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma.

El empleado público o el profesional que viole el secreto de la identidad del agente encubierto, será sancionado con presidio menor en su grado medio a máximo y con la suspensión de cargo y oficio público o profesión titular, según corresponda, en su grado medio a máximo.

Lo establecido en el artículo 222, será aplicable también al delito contemplado en el artículo 411 bis del Código Penal."

El artículo 226 bis, que se propone, atinente a la actuación de los agentes encubiertos y por el cual se perfecciona la redacción del antiguo artículo 16, letra b), de la iniciativa legal, recogiendo la observación realizada por esta Corte en su informe previo, en cuanto a que el "personal de agentes encubiertos", constituye una simple referencia que no especifica qué debe entenderse por tal concepto. Al respecto el artículo 25 de la Ley N° 20.000, de 16 de febrero de 2005, sobre tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, los define como el "funcionario policial que oculta su identidad oficial y se involucra o introduce en las organizaciones delictuales o en meras asociaciones o agrupaciones con propósitos delictivos, con el objeto de identificar a los participantes, reunir información y recoger antecedentes necesarios para la investigación".

La manera en que se consagra la figura del agente encubierto, es adecuada pues, se le ha regulado de manera similar a la aludida Ley de Drogas, tomando en consideración que se persiguen comportamientos típicos diferentes, a fin de no alterar los criterios y normas del debido proceso. No obstante, en el inciso tercero del artículo 226 bis, debiera decir: "Estará exento de responsabilidad criminal por los delitos que no haya provocado..." en lugar de "por los delitos en que incurra..."; de lo contrario, se podría confundir agente encubierto con agente provocador.

Asimismo, es conveniente que el precepto en estudio no permita la utilización directa por el Ministerio Público de la herramienta investigativa que se presenta, sino que, por el contrario, siempre deben obtener la autorización del Juez de Garantía, cuestión que de ninguna manera podría entorpecer el éxito de las investigaciones, toda vez que, por una parte, dichas actuaciones no son repentinas, sino que muy por el contrario, son fruto de un esfuerzo investigativo que se extiende en el tiempo; y por otra, la normativa procesal penal entrega las herramientas adecuadas para que los persecutores requieran autorización a los jueces de garantía de forma rápida.

Lo anterior es todo cuanto puedo informar.

Dios guarde a V.E.

Enrique Tapia Witting
Presidente

Carlos Meneses Pizarro
Secretario